

¿ES RESPONSABLE INTERNACIONALMENTE COLOMBIA POR LA NO ADOPCIÓN DE MEDIDAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES POR MALA PRACTICA MÉDICA VULNERANDO DERECHOS A LA LUZ DEL SIDH? ¹

Luis Alfonso Rojas Toloza²

RESUMEN

La mala práctica médica, es una situación que se presenta en la cotidianidad del país, en el entendido que, al estar la salud al servicio de las personas, esta se convierte en obligación del Estado en garantizarla a toda la población y de no ser así, trae como consecuencia que se vulneren Derechos y se le impute al Estado responsabilidad.

El Estado debe velar por la promoción, protección y garantía de Derechos; es su labor llevar a cabo acciones que protejan posibles vulneraciones, ya sea mediante leyes, decretos u ordenanzas y así mismo acciones que se encaminen a reparar integralmente a una persona o personas que hayan sido víctimas, en materia de la praxis médica irregular y la responsabilidad de esta, se tiene que en el país no hay un avance legislativo frente al tema, es decir, unos lineamientos que permitan identificar este tipo de Responsabilidad en un caso concreto.

Se tuvo en cuenta para dicho análisis jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas y del SIDH, y todo el contenido normativo colombiano; para evidenciar si ha habido un avance en el tema y se analizará cuando el estado es responsable internacionalmente por no adopción de medidas que permitan garantizar Derechos en las personas usando método descriptivo para ello. ¿Es responsable internacionalmente Colombia por la no adopción de medidas legislativas y judiciales por mala práctica médica vulnerando derechos a la luz del SIDH?

¹ Diplomado Internacional de Derechos Humanos realizado por la Universidad Libre en Convenio con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

² Estudiante de la Facultad de Derecho de La Universidad Libre, Seccional Bogotá

PALABRAS CLAVES

Practica Medica - Responsabilidad – Garantías – Régimen

ABSTRACT

Medical malpractice is a situation that is part of daily life in the country, where health can be at the service of people, this becomes an obligation of the State in which the entire population and otherwise, consequently that the rights are violated, and the State is accused of certain responsibility.

The State have to ensure the promotion, protection and guarantee of Rights; it is your job to carry out actions that protect possible violations, either through actions, decrees or ordinances and actions that are aimed at fully repairing a person or persons who have been victims, in the area of medical malpractice and medical responsibility, has a country that does not have a legislative advance on the issue, that is, guidelines that allow identifying this type of responsibility in a specific case.

The jurisprudence of the Constitutional Court, Supreme Court of Justice and the SIHR, and all Colombian normative content were considered for this analysis; to show if there has been an advance in the subject and if it is possible to speak of a Medical Responsibility Regime in Colombia. and likewise, it will be analyzed when the state is responsible for the adoption of measures that resolve people's rights. Is Colombia internationally responsible for not adopting legislative and judicial measures for medical malpractice, violating rights considering the SIHR?

KEY WORDS

Medical practice – State Responsibility – Guarantees – Regime

INTRODUCCIÓN.

La mala práctica médica, que da lugar a la Responsabilidad médica, trata sobre la relación que se da entre una obligación y un Derecho, en donde la obligación consta en prestar un servicio y/o un mandato y el Derecho, cuando la persona recibe o es beneficiaria de dicha prestación, que es necesaria para cumplir una satisfacción personal, curar una enfermedad o cumplir un fin en la persona de carácter médico y de la salud. La obligación está en cabeza del médico tratante, a quien se le atribuye dicha responsabilidad ya sea por acción u omisión al momento de ejercer su profesión y de llevar actos que atenten contra la vida y salud del paciente tratado. ³“Sus repercusiones se enmarcan en la cita latina “Artifex spondet peritiam artis” (el artesano responde de su arte) reflejado esto como se ha dicho, cuando se alude a la acción u omisión de conductas que

contengan culpa o negligencia, se debe reparar el menoscabo generado.”

Es por esto, que la labor médica en sí, engloba una gran responsabilidad ya que su práctica así lo exige, y por ello existe una definición básica, en donde todo proceso quirúrgico, de diagnóstico o terapéutico, implica un riesgo menor o mayor para el paciente, que se materializa en las acciones o procedimientos que el médico tratante o practicante asume y que podrían causar o generar en el paciente daño ya sea psíquico y/o físico, generando así la posibilidad a este de acudir a la Justicia, si este se siente perjudicado por una mala práctica médica; siempre y cuando se reúnan las condiciones legales.

Se debe considerar, que en el obrar medico hay un margen de error, pero este no puede siempre enmarcarse como ello, ya que en ocasiones dicho

³ RUIZ Wilson, La responsabilidad médica en Colombia, 2011. Disponible en internet revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/232/962

error médico, puede estar revestido ya sea culposa, dolosa, negligente, o imprudentemente en su obrar por una falla medica imputable al médico tratante o practicante en donde debe responder; y es obligación del Estado intervenir y regular dicha labor ejercida; para así cumplir esos fines esenciales del Estado. Para analizar la responsabilidad médica, enfocada a la mala práctica médica se tendrá en cuenta el ordenamiento jurídico colombiano, así como también normas de carácter internacional, y se analizará en que momento es responsable el Estado por este tema.

La mala práctica médica es una situación socio jurídica problemática en el territorio colombiano, debido a que a diario es notorio como la mala praxis médica afecta a muchos colombianos, que confían su salud y su vida a profesionales de la salud que muchas veces hacen de su labor un juego, trayendo consigo consecuencias irreparables en la vida de las personas.

OBJETIVO.

Identificar si el ordenamiento jurídico colombiano protege y garantiza los Derechos Fundamentales de la vida y salud de las personas a la luz de los instrumentos internacionales en cuanto a la práctica médica.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

1. Identificar cual ha sido la labor y evolución del orden jurídico interno en la protección de los derechos fundamentales de las personas
2. Analizar si el Estado colombiano, ha adoptado medidas legislativas y judiciales en materia de protección y garantía de Derechos a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
3. Determinar si Colombia ha incurrido en omisiones legislativas o judiciales por la

no protección en Derechos y garantías de las personas.

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO.

La responsabilidad en Colombia a lo largo del tiempo se ha venido desarrollando y estableciendo en el orden jurídico interno, permitiendo que hoy en día se hable de distintos tipos de responsabilidad en donde se debe tener en cuenta que esta puede ser de carácter penal, civil, disciplinaria, fiscal y administrativa.

La responsabilidad penal, se deriva como consecuencia de un delito, es decir, que a través de un comportamiento sea omisivo o accionado, vulnera o se genera un daño a un bien tutelado por el Derecho penal; en donde ese tipo de conducta cometida puede ser dolosa, culposa o preterintencional. (Ley 599 de 2000 – Ley 906 de 2004)

En cuanto a la responsabilidad civil esta contiene tres vertientes en donde puede dar lugar a responsabilidad; ya sea en la etapa precontractual, consistente en las tratativas, en otras palabras, la etapa negocial donde las partes fijan los términos y condiciones en que se celebrara y perfeccionara el contrato. La responsabilidad contractual definida como aquella que se genera por el incumplimiento de un contrato, y en consecuencia por el perjuicio o daño causado; en esta responsabilidad se define en los cuasidelitos y en la culpa; y debe haber ese vínculo y esa manifestación de voluntad propia del contrato.

La responsabilidad extracontractual nace de los actos u omisiones ilícitos, es decir, de los delitos con modalidad dolosa, de un hecho jurídico en donde se causa un daño a una persona sin que medie un contrato, generando la obligación de indemnizar y reparar por ese daño. (Ley 57 de 1887 – Código civil)

La responsabilidad disciplinaria, es aquella generada con ocasión a la función administrativa y está en cabeza

del servidor público, es decir, la persona que desempeña un cargo o una función pública y que por sus actos de acción u omisión interfieren en el normal y cabal funcionamiento de las funciones asignadas a la persona en la administración pública. (Ley 734 de 2002)

Se tiene también la responsabilidad fiscal, Dada como consecuencia a la mala gestión en el manejo y administración de los recursos y bienes a cargo de la administración pública por parte de particulares o los mismos servidores públicos. (Ley 610 de 2000)

Y por último se tiene la responsabilidad administrativa, surgida de una falta disciplinaria realizada por quien desempeña o cumple labores públicas y generan un daño o perjuicio a una persona. (Ley 1437 de 2011 - Ley 1476 de 2011)

Dicho esto, se tiene que no es posible evidenciar un régimen de responsabilidad medica propiamente dicho, solo se puede decir que en el país

la mala práctica médica y su responsabilidad, da lugar a una responsabilidad ya sea de carácter civil, penal, y disciplinaria en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud; es por esto que es importante conocer cuál es el núcleo esencial del Derecho Médico en el país y que se tutela con ello, porque si bien se observa como cada tipo de Responsabilidad contiene unos lineamientos base para proceder o accionar plasmado ello en un código-ley como ya se ha explicado.

Colombia se define como un Estado Social de Derecho, es decir, propende por salvaguardar Derechos, servir a la comunidad, garantizar y proteger la dignidad de las personas así como también su libre ejercicio de Derechos fundamentales; donde en la carta política en su parte dogmática enuncia un catálogo amplio de Derechos y además refiere que hay unos denominados Derechos que así no estén plasmados, estos son inherentes a la persona y deben ser protegidos como los que están a la luz de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

Lo anterior, traducido a que el Estado colombiano debe garantizar el Derecho a la salud y por conexidad el Derecho a la vida a cada uno de sus miembros; y es notorio como muchas veces no cumple su labor de protección y garantía al no tutelar la salud, y permitir que se vulneren Derechos fundamentales como lo es el de la vida y la salud. Lo dicho, a la evidente crisis de la salud, en donde la falta de legislación, de la adopción de medidas necesarias para el cumplimiento de normas y la misma corrupción son un problema latente; como lo es también la apertura de clínicas sin el debido permiso ante las autoridades competentes, o el ejercicio de la medicina por parte de personas que no están certificadas por ninguna entidad académica o la expedición de certificación falsa para el ejercicio de la profesión o las diferentes conductas llevadas a cabo por parte del personal médico de manera negligente, imprudente que muchas veces ponen en

riesgo la vida y salud de las personas y entre ellas, como ya se ha venido mencionando la mala práctica médica.

Colombia, en su Constitución Política se obliga como bien lo menciona el artículo 2 ⁴“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;

Esto, es la plena obligación que se atribuye el Estado para con sus miembros de preservar, proteger, garantizar, y reparar los Derechos de sus habitantes. Así mismo, esta obligación se la atribuye la Nación, frente a los distintos órganos internacionales que conforman también el orden jurídico interno como los Convenios de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y demás.

⁴ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991, Colombia,

Además, se observa también cómo se introduce por decirlo así, “La Clausula General de Responsabilidad” en el artículo 90 de la Carta Política la cual menciona que; ⁵“El Estado colombiano es responsable patrimonialmente por menoscabos, daños antijuridicos llevados a cabo por acción u omisión de las autoridades públicas””, es decir, la Constitución plasma el fundamento de la Responsabilidad Patrimonial del estado ya sea de carácter contractual o extracontractual y como se desarrolla el tema por Olga Cecilia González, en su artículo ⁶Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes, refiere que la Responsabilidad del Estado tiene tres periodos de los cuales en el tema de mala práctica médica se cumplen dos en donde se puede imputar Responsabilidad. El primero refiriéndose a la **Responsabilidad indirecta del Estado**, que se da en aras del principio de legalidad. La responsabilidad estatal, es la sanción para el mismo Estado por la

insuficiente, tardía, o falta vigilancia sobre sus agentes o la mala escogencia de estos bajo las nociones de la culpa in eligiendo in vigilando

El segundo periodo **Responsabilidad directa del Estado**, traducida en que los agentes y funcionarios del Estado son una unidad de tal manera que la acción por culpa de uno de sus agentes, la unidad del Estado debe responder y el tercer periodo es la **Responsabilidad por falla del servicio** en donde se cumple cuando el Estado al tener la función esencial de prestar a la comunidad los servicios públicos para la satisfacción de necesidades genera un daño por prestar el o los servicios de manera deficiente o irregular, teniendo la obligación de reparar.

En esta explicación se observan dos aristas, o se cumplen dos eventos en el asunto que se trata de Responsabilidad médica y Derecho a la salud; el primero cuando se responsabiliza al Estado indirectamente por las acciones u

⁵ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991, Colombia.

⁶ GONZALES OLGA, (2009), Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por

el hecho de las leyes, Disponible en: revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734/

omisiones que lleven a cabo las particulares, es decir, los profesionales de salud cuando vulneran Derechos, en donde el Estado colombiano tiene como deber investigar y sancionar a galenos que lleven a cabo un ejercicio erróneo de la profesión y así mismo la obligación de reparación a víctimas de malas prácticas médicas; el otro evento que se cumple es cuando el Estado no garantiza ni pone eficazmente al servicio de la población colombiana el servicio de libre acceso a la salud, y es aquí donde a este se le puede imputar responsabilidad. Con lo dicho, se evidencia que en Colombia al Estado se le imputa Responsabilidad cuando sus agentes o los particulares que ejerzan funciones públicas en sus conductas ocasionan o generan un daño; es decir que, si se reconoce un Régimen de Responsabilidad, pero aún no se ha consolidado un Régimen médico propiamente para alcanzar una mayor garantía y protección en Derechos de todos los miembros.

Hoy en día se tiene la ley 23 de 1981 referente a preceptos en ética médica, la cual regula y protege los intereses del

médico y del paciente, se regula la labor del galeno y su desempeño a lo largo de su actuar; pero es claro que dicho código ético médico es insuficiente para hablar de un tema más amplio de Responsabilidad que pueda garantizar efectiva y eficazmente Derechos a los pacientes, y personas que requieran servicios de salud.

Jurisprudencialmente se han tratado esos elementos que configuran la responsabilidad en el ámbito contractual como lo son, el daño, que hace mención al hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona. La culpa o falla en el servicio, también llamada negligencia o error de conducta en donde una persona con ocasión a su servicio ha actuado imprudentemente y el nexo causal, cuyo elemento es la relación o vínculo entre el agente causante y la conducta y por otra parte en la responsabilidad extracontractual se habla de una manifestación de una voluntad. Con lo mencionado se tiene que a responsabilidad en cuanto a la salud es un tema que no ha sido trabajado por los órganos y autoridades competentes para tratar la materia, y

que jurisprudencialmente tampoco ha avanzado mucho ya que únicamente se han dado mínimamente unos lineamientos básicos para resolver asuntos específicos lo que hace que haya enfoques diferenciados y no uniformidad, podría presentarse inseguridad jurídica ya que hoy es el juez quien ha hecho la tarea de interpretar la ley e ir definiendo de a poco el tema de Responsabilidad médica, y no el Ordenamiento jurídico a través del Congreso que debe legislar sobre el tema y definir un Régimen Médico en donde se den esas pautas para así proteger y garantizar Derechos a las personas.

De acuerdo a la revista de Derecho privado - Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba de Carolina Deik Acosta-Madiedo de la Universidad De los Andes explica que el tema de la mala práctica médica y por ende la responsabilidad médica en el país ⁷“De

hecho, se trata de uno de los pocos campos en los cuales no existen etapas claras y delimitadas en la jurisprudencia, pues las posturas en uno u otro sentido parecen sobreponerse en ciertas épocas, al punto de observarse “regresiones” en el tiempo para dar aplicación a teorías que parecían superadas”

Hoy no se ha llevado a cabo medidas legislativas que regulen específicamente el tema; como, por ejemplo, una regulación específica en aquellos factores en donde se debería configurar responsabilidad por parte del médico o practicante a la hora de ejercer su labor y causar un daño.

Haciendo el rastreo jurisprudencial con la Corte Constitucional colombiana y también con el Consejo de Estado, se seleccionaron tres sentencias de cada una y lo arrojado al tema es:

⁷ ACOSTA MADIEDO, (2010), Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba, Disponible en:

https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf

2. ALTAS CORTES - RESPONSABILIDAD MEDICA EN COLOMBIA.

Sentencia T 433 de 1994

La citada sentencia refiere que el accionante, acude mediante tutela para que a su esposa le sea amparado inmediatamente el Derecho a la Salud, y se repare por daños morales y físicos debido a que en un hospital de Medellín (San Vicente de Paul), le realizaron un procedimiento quirúrgico en indebida forma (mala práctica médica) que tenía como fin corregirle una deformación en su pie derecho esto dando lugar a que a la señora a criterio de los médicos fuera sometida a otro nuevo procedimiento quirúrgico, en donde se debía esperar un turno para ello. Después de un año no se realiza dicha cirugía ocasionando a la paciente daños debido al padecimiento de fuertes dolores en su pie y la inmovilización de este, es decir, esos daños morales y físicos.

En el análisis de la corte, esta refiere que la acción de tutela no es el

mecanismo adecuado para solicitar responsabilidad patrimonial y económica de los centros médicos y hospitalarios privados, mucho menos cuando se refiera a una responsabilidad civil contractual o extracontractual, que para ello hay más vías judiciales ordinarias para accionar, así mismo si ocurre con la Responsabilidad medica derivada del mal procedimiento llevado a cabo la primera vez a la señora esposa del accionante.

Se tutela el Derecho a la salud y se ordena en un plazo razonable que se le garantice a la Señora su Derecho a la Salud, y que sea atendida para no vulnerar la Constitución y el artículo 13 de ella relativo a la igualdad. Finalmente se confirma la sentencia.

Sentencia 468 de 1998

En este caso se da que el accionante, acude mediante tutela para que se proteja y garantice el Derecho a la Salud y el Derecho a la igualdad, debido a que según el a su esposa un médico ginecólogo le realizó un procedimiento quirúrgico con el objeto

de corregir una enfermedad en su vagina, y que al momento de operar se tomó “folclóricamente” dicha cirugía al no practicarle a la señora, los exámenes, placas y ecografías necesarias para su intervención. La señora no presenta ninguna mejoría, quien luego de acudir a otro galeno experto en el tema, refiere que no le habían practicado a la paciente ninguna cirugía, pero si le habían causado un daño mayor en su vejiga urinaria. Al accionante no se le reconoce ninguna suma dineraria por los perjuicios ocasionados y manifiesta no tener la suficiente suma para ayudar a su esposa con su mejoría en cuanto a su salud

La corte en esta sentencia, enuncia el tipo de obligación que se da entre el paciente y el galeno, comenzando por definir que dicha relación es de carácter contractual y que la prestación de salud a cambio de un pago, una tarifa, o un precio es una obligación de medio, es decir, el médico en su obrar debe utilizar diligentemente los recursos técnicos, humanos, científicos y presupuestales a su disposición para procurar el restablecimiento de la salud del paciente; Lo contrario a una

obligación de resultado en donde se exige que se garantice el éxito de un tratamiento. Se menciona que las controversias, fallas, errores que aquí se generen tienen un carácter contractual y que se debe acudir a la justicia ordinaria y si se vulneran Derechos Fundamentales, ahí si es procedente la acción de tutela.

En aras de tutelar la igualdad, contenida en el artículo 13 de la Constitución Política se ordena que a la mujer víctima, le sea reiniciada la prestación del servicio público de salud con el fin de atenderla eficaz y diligentemente la enfermedad que presenta.

Sentencia SU – 337 de 1999

Acá la Responsabilidad médica es analizada a la luz del consentimiento de los padres frente al remodelamiento genital en los menores de 5 años, en donde debe haber un consentimiento informado y cualificado que debe verificar el juez, debido a que frente al tema de hermafroditismo en un menor es de vital importancia que el

consentimiento de los padres se informe oportunamente para que el personal médico y la esfera de la salud actúe de manera eficaz, logre un pronto diagnóstico de un estado o enfermedad, formule y ordene a tiempo terapias necesarias o alternativas médicas para una valoración y acompañamiento terapéutico y psicológico para el mejoramiento de la persona o paciente, más tratándose de un menor de edad. Esto, implica una ardua labor en garantía de Derechos del menor, por un lado, los padres en brindar un consentimiento cumpliendo los requisitos de ley y por otro el personal médico obrando y realizándole seguimiento al menor para su pronta recuperación y mejoría.

Así las cosas, es notorio que se sigan dando casos de tutela por protección de una dimensión objetiva de derechos o de la misma responsabilidad médica, que engloba el carácter subjetivo; en donde en caso de negligencia, impericia, imprudencia, o simple omisión de lugar a una responsabilidad al médico o médicos a cargo.

Habiendo expuesto estas tres sentencias, es evidente como el tema de

Responsabilidad médica y tutela de Derechos fundamentales en las personas, jurisprudencialmente, se ordena siempre que no se acuda vía tutela sino vía judicial para la reparación integral frente a un daño, siendo notorio como es importante legislar sobre el tema para que no haya este desgaste judicial y conocer así la manera no solo de que sean protegidos los Derechos fundamentales frente a una mala práctica médica, sino también la manera de que en caso de ser vulnerados, estos sean reparados instantáneamente; ya que dichas decisiones de la corte plasman como hay vulneración de Derechos y es labor del Estado reparar integralmente a las personas víctimas de estos malos procedimientos, investigando y sancionando a los profesionales que incurran en conductas que generen un daño a salud o vida de las personas.

Sentencia SC7110-2017 - Corte Suprema de Justicia (24 de mayo 2017)

En cuanto al pronunciamiento de otra alta corte respecto del asunto bajo

estudio se tiene que la CSJ Sala de Casación Civil en sentencia con fecha del 24 de mayo de 2017, se demanda por posible negligencia médica en la prestación de servicios médicos a Luz Helena Fernández Correa y se solicita que se declare responsable y se condene al pago de perjuicios causados. Se demanda por presunta falta de cuidado en una cirugía practicada a la paciente del médico tratante al perforarle el intestino delgado. Se tiene que en primera instancia la sentencia fue desestimada en el entendido que no se pudo probar ni evidenciar el nexo causal; en segunda instancia se confirma el fallo del juzgado debido a que no se evidencia tampoco el nexo causal, ya que el médico tratante obró con diligencia y cuidado y la perforación realizada a la paciente en su intestino delgado al ser la cirugía una obligación de medio se sabe que este acontecimiento podría pasar.

La corte en dicha sentencia distingue entre obligaciones de medio y de resultado frente a la prueba, en donde las primeras el demandante es quien debe acreditar la negligencia o la falta de cuidado, mientras que en las

obligaciones de resultado ese resultado de presume. Esta distinción ayuda y facilita la solución de problemas con la culpa contractual médica y su prueba. El médico debe facilitar la información a sus pacientes al momento de la relación contractual esta debe ser veraz, es decir, no puede omitirla ni negarla; de buena calidad, que se pueda entender sencilla y clara, y un lenguaje comprensible y entendible.

“El consentimiento informado, por regla general, es parte integral del derecho fundamental a la salud”, es decir que, en la relación del médico y el paciente, se debe informar del o los alcances del procedimiento o tratamiento en forma adecuada y suficiente y debe equilibrarse la discreción con la información entregada. Finalmente, la corte no encuentra mérito alguno para casar la sentencia, y refiere que no hubo culpa, ni falta de cuidado, simplemente lo acontecido en la paciente fue un hecho que podía darse, era un riesgo permitido que fue aceptado por la paciente.

Sentencia 13 de noviembre de 2014 Consejo de Estado

El consejo de Estado a través de sus decisiones ha decidido también y ha fijado algunos lineamientos en cuanto a la responsabilidad médica frente a la mala práctica de esta. En esta decisión, se formula demanda de reparación directa contra el Instituto de Seguros Sociales y la Sociedad comercial Promotora Medica Las Américas S.A, ambas empresas del Estado, por perjuicios materiales y morales causados por la muerte de Luz Elena Londoño ya que hubo una falla en el servicio por parte del médico tratante ante un procedimiento microquirúrgico. Se analiza si hubo una atención médica deficiente, negligente, tardía. En esta jurisprudencia, se tocó el tema de unas reglas existentes para probar la responsabilidad médica. “La actividad medica genera responsabilidad estatal, cuando se configura la falla probada, igualmente no solo se estructura cuando se contrarían los principios de la LEX ARTIS, es decir, por accionar anormal, negligente o descuidado de la gestión

médica, sino además cuando se despliega en condiciones que se adecuan o dan lugar objetivamente a que ello ocurra.” Se evidencia en la sentencia que al final si se imputa responsabilidad a la clínica y a la sociedad, y es notorio como se le imputa Responsabilidad al Estado por actividades que realizan los particulares, en el caso, una clínica y una sociedad que ofrece servicios de salud a la comunidad, pero que negligentemente, culposamente e imprudentemente por su conducta de acción-omisión generó un daño que fue la muerte de la paciente, lo cual el Consejo de Estado condenó solidariamente a las entidades al pago de perjuicios.

Con esto se tiene, que si bien la jurisprudencia Constitucional en Colombia no trata el tema de responsabilidad medica en cuanto a Derechos fundamentales trata, sino que, para poder conseguir una reparación en el tema, se acude vía civil o administrativa para poder obtener un resarcimiento del daño causado ya sea por particulares o por agentes del

Estado que cumplan funciones públicas.

El derecho a la salud y a la vida en Colombia en este asunto no solo debe tutelarse cuando este ha sido violentado o vulnerado, visible esto en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, sino también en su prevención, o si se ponen en un riesgo inminente.

3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR NO ADOPCION DE MEDIDAS EN MALA PRÁCTICA MÉDICA A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Como ya se ha mencionado en apartes anteriores, los Derechos Humanos son aquella carta de Derechos, muchos positivizados en el ordenamiento jurídico interno, muchos otros innominados que se caracterizan por ser inherentes a la persona, es decir innatos,

propios al ser humano sin distinción alguna de sexo, raza, religión, modo, tiempo, lugar; por ser Derechos de carácter universal, que se extienden a todo el género humano; y además por ser inalienables (irrenunciables), e imprescriptibles, es decir, no se pierden con el transcurso del tiempo.

Los Derechos humanos son absolutos, aplicables a toda persona y para hablar de lo que debe constituir una grave violación a Derechos Humanos, se debe analizar al momento en donde el Estado incumple sus obligaciones de garantizar dichos Derechos, es decir, que estos se disfruten, sin discriminación alguna y sin distinción alguna de cualquier persona. El tópico de Responsabilidad médica hay que analizarse a la luz de si el Estado colombiano puede incurrir en Responsabilidad Internacional por no adoptar medidas legislativas y judiciales para la protección de Derechos fundamentales como el de la vida y la salud inmersos en esta problemática.

Teniendo como base al SIDH, hay que mencionar que el Estado tiene la obligación de brindarle a sus miembros protección en sus Derechos, en el caso de la salud, este les otorga esta función a particulares, es decir, los profesionales de la salud que cumplen una función pública. Esto, con el fin de decir, que los profesionales de la salud son personas que, si incurren en conductas que ocasionen un daño en la persona, no se le atribuye la responsabilidad al Estado instantáneamente, sino que el Estado tiene la tarea de adoptar las medidas necesarias para que dichas personas respondan por su conducta de acción u omisión. Por ejemplo, si un médico al realizar un procedimiento quirúrgico deja negligentemente instrumentos quirúrgicos en el cuerpo de la persona, y esta muere, el Estado colombiano y el ordenamiento jurídico interno, deben intervenir y adoptar medidas necesarias para que la persona responda; pero si el Estado no hace nada y dicha muerte por la negligencia del médico no se le lleva

a cabo una medida adoptada por el Estado, este incurre en responsabilidad internacional por no adoptar dichas medidas de reparación, y de justicia.

La responsabilidad de un Estado puede darse ⁸como consecuencia de la conducta de non-State actors: i) a los Estados se les puede responsabilizar mediante la imputación de actos o acciones de personas jurídicas (morales) y físicas que lesionen derechos humanos que, en principio, no podrían calificarse como autoridades o agentes estatales, pero que, sin embargo, tanto la Corte IDH como la CIDH las han equiparado a “instituciones de carácter público” o a personas “con capacidad estatal”; ii) también a los Estados se les puede responsabilizar cuando a través de sus autoridades actúan con complicidad o aquiescencia respecto de afectaciones a los derechos humanos de las personas causadas directamente por non-State actors; iii) los Estados pueden ser responsabilizados cuando omiten

⁸ VAZQUEZ SANTIAGO, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DERIVADA DE LA CONDUCTA DE PARTICULARES O NON-

STATE ACTORS CONFORME AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS,

prever de manera diligente ilícitos de non-State actors a través de sus agentes, y iv) los Estados pueden ser responsabilizados cuando no garanticen que non-State actors no discriminen a terceros.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla en su artículo 12.1 el derecho a la salud, el cual expresa: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Cabe destacar, que el referido Pacto contiene el artículo más exhaustivo del Derecho internacional sobre el derecho a la salud

Por otro lado, se tiene que la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a que los Estados adopten normatividades del orden interno, en el asunto del libre ejercicio de libertades y Derechos consignados en el artículo 1, en donde si no se garantizan legislativamente o de otro carácter, los Estados deben comprometerse a adoptarlo mediante su

procedimiento constitucional interno y a las disposiciones de esta Convención,

Muestra de la normatividad citada, evidencia como Colombia debe por vía legislativa y acudiendo al procedimiento contemplado en las mismas leyes hacer efectivo el pleno desarrollo en Derechos como lo son el de la vida y la salud.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su admirable labor en cuanto a garantía, protección y reivindicación de Derechos, ha debido enfrentar y resolver litigios respecto a la Responsabilidad Médica y la Responsabilidad del Estado por vulneraciones en Derechos, se tiene así tres decisiones que consisten en:

**Caso: Vera Vera y otras vs. Ecuador
sentencia: de 19 de mayo de 2011**

La Corte Interamericana en sentencia del año 2011, le imputa Responsabilidad Internacional a la República de Ecuador, por la violación al Derecho a la vida, a la integridad

personal, a las garantías judiciales y protección judicial en contra del Señor Pedro Miguel Vera debido a que no obtuvo una atención médica oportuna y adecuada, después de haber sido detenido, posteriormente herido de bala y haberse mantenido bajo custodia del Estado, de la Policía Nacional de la ciudad de Santo Domingo de los Colorados; Vera falleció a los 10 días y la República ecuatoriana no llevó a cabo ninguna investigación de la muerte del Señor Pedro. La Corte pudo determinar, que al fallecido no se le dio un diagnóstico oportuno, no se le brindó una valoración física adecuada, ni se le realizaron los exámenes necesarios para determinar si necesitaba o no una intervención quirúrgica; esta situación constituyó una grave negligencia médica.

Además, el Estado después de haber pasado dos años de la ocurrencia de los hechos, solo hizo una indagación, y no investigó ni llevó a cabo un proceso para atribuirle la responsabilidad a quienes fueron culpables del hecho. Y finalmente se demuestra que se generó en la madre del fallecido un daño, ya que esta padeció sufrimiento por la

muerte de su hijo y por el no esclarecimiento de los hechos. La Corte ordena al Estado a reparar a la familia de Pedro Vera y el Derecho a la verdad de lo acontecido por el Estado vulnerar Derechos Humanos.

**Caso: Alban Cornejo Vs. Ecuador:
05 de agosto de 2008.**

Dicha sentencia trata de que el día 13 de febrero de 1987 al hospital Metropolitano ingresó la señorita Laura Cornejo, por un fuerte dolor cuyo diagnóstico fue una Meningitis Bacteriana y en donde el médico tratante quien era residente del Hospital negligentemente inyecta a la Señorita una inyección de 10 miligramos de morfina por el dolor referido, trayendo como consecuencia su muerte el día 18 de diciembre del mismo año por el medicamento aplicado por el médico tratante. El tema central de este caso, es que después de la muerte, los padres acuden a la jurisdicción para esclarecer los hechos que constituyeron el homicidio de Laura en donde no obtienen ninguna respuesta, se dice que el Estado del Ecuador no adoptó las

medidas de protección necesarias para judicializar a los dos médicos tratantes de Laura, por lo que en un primer momento, a uno de los médicos se le suspendió el proceso que se le estaba adelantando por negligencia y al otro se encontraba pendiente por la resolución judicial; indicando esto, que el Estado no actuó prudentemente y eficientemente en la resolución del caso. La Corte Interamericana determinó que en la República de Ecuador, no existen **normas** o **mecanismos** que permitan promover la persecución penal cuando se vulneran y se afectan bienes jurídicos tutelados. No se le imputa al Estado la muerte de Laura Alban, pero si se vulneró el Derecho a la Integridad Personal de los padres al no tener una respuesta judicial por parte del Estado y así mismo fiscaliza y supervisa que se hayan adoptado medidas legislativas para proteger Derechos en el ámbito de la Responsabilidad Médica.

Caso: Gonzales Ley y Otros vs. Ecuador – 01 de septiembre de 2011

En el año 2011 se emite sentencia donde se declara responsable internacionalmente a la República del Ecuador al haberse vulnerado Derechos a la vida, a la Integridad Personal, a la Discriminación, Derecho a la Educación, a las Garantías judiciales y Protección Judicial, a la menor Talía Gabriela Gonzales, cuando está a sus 3 años de edad por falta de cuidado y negligencia, al momento de realizársele una transfusión de sangre y plaquetas que requería, fue contagiada de VIH trayendo como consecuencia que a sus 5 años de edad al ingresar a realizar su primer curso de básica en la escuela pública después de 2 meses a esta se le hubiera negado y vulnerado el Derecho a la educación por estar infectada del virus dándose así una discriminación a la menor. La Corte estima que se vulneran los Derechos fundamentales de la vida y la salud, en el entendido que el Estado del Ecuador se encuentra en la obligación de supervisar y fiscalizar el servicio a la salud, aún si este es de carácter privado. Se menciona que así

alguien esté ya sea en un hospital o una clínica, este está cargado del Estado porque es este quien debe garantizar el Derecho a la Salud a todos sus habitantes. Por ende, en el caso concreto no hubo fiscalización ni supervisión por parte del Estado trayendo consigo la obligación de reparar por parte del Estado los daños causados a la menor y a todo su núcleo familiar. Finalmente, la Corte verifica que si hubo vulneración al Derecho de la educación y así mismo a la discriminación y que se debe garantizar por ende garantizar el acceso a la menor al recinto estudiantil para poder continuar con sus estudios. Se ordena reparar a la familia de la víctima.

Con lo anterior se evidencia la manera en que internacionalmente el Estado debe responder no solo por la acción, es decir, por conductas llevadas a cabo, sino también por su omisión, es decir, por falta de investigación, supervisión, fiscalización al momento de cumplir su labor de salvaguardar Derechos, de servicio a la comunidad, de establecer un orden justo y demás. En el ámbito de la salud, el Estado responde por

vulneraciones en cuanto a vulneraciones en Derechos fundamentales y además, en la falta de investigación, sanción, fiscalización de conductas llevadas a cabo por particulares así como también la no adopción de medidas que protejan es cierto, que al Estado se le atribuye responsabilidad por falta de diligencia al momento de sancionar o llevar a cabo un procedimiento para poder atribuirle responsabilidad a las personas culpables de la conducta, es por esto, que es obligación de todos los Estados adoptar medidas legislativas y judiciales para que así, no se generen vulneraciones de Derechos humanos en especial a la salud en la vida de las personas e integridad personal, ya que si se observa si ocurre vulneración de estos, se debe reparar, indemnizar y llevar a cabo el procedimiento efectivo en la resolución del problema.

Con la adopción de medidas, se garantiza Justicia y Reparación a las personas víctimas de un daño por un profesional de la salud, así que es tarea del Estado colombiano fortalecer su sistema de salud, así como también

generar disposiciones legislativas, judiciales para que en caso de vulneración de Derechos, se dé un procedimiento efectivo también, se investigue, se sancione a los profesionales de la salud que actúan negligentemente o imprudentemente y también se pueda obtener a manera de reparación en materia de vulneración una indemnización integral.

CONCLUSIONES.

De lo estudiado y abordado en el tema de la Responsabilidad Médica en Colombia a la luz del SIDH se hace necesario que el Estado colombiano adopte las medidas legislativas necesarias que regulen directamente el tema, a fin de que se pueda dar una efectiva y eficaz protección jurídica a Derechos fundamentales tutelados, protegidos por organismos internacionales; ya que se observó cómo ese vacío normativo frente al tema médico, no podría brindar seguridad jurídica, ni soluciones uniformes a las distintas situaciones que se presentan.

Si bien, la jurisprudencia es creadora de subreglas de Derecho, pero esto no exonera que el Congreso de la Republica regule y establezca un Régimen de Responsabilidad Médica.

Se apreció que de acuerdo a la normatividad internacional y a los organismos internacionales del cual hace parte Colombia, se obliga a que el Estado, adopte medidas legislativas – judiciales necesarias para proteger y garantizar los Derechos de las personas, y además reparación ante violaciones a Derechos humanos, teniendo acceso a la verdad y esclarecimientos de los hechos, investigando lo acontecido en un tema en particular, y así mismo sancionado a los profesionales de la salud que incurran en conductas que generen o causen un daño o vulneración.

Los casos de una práctica médica irregular o deficiente deber ser reglamentados mediante ley, que permita llevar a cabo procedimientos directos y claros para accionar y que no ocurra como se observó en la

jurisprudencia, en donde mediante tutela se solicitaba una indemnización por perjuicios y no una protección por vulneración de Derechos fundamentales.

Finalmente, se observó que el Estado colombiano podría incurrir en Responsabilidad internacional, en el entendido que el orden jurídico interno, se debe adecuar a la luz de las normas internacionales y que por lo tanto la falta de reglamentación o reglamentación incompleta para la protección del Derecho a la salud y en conexidad el de la vida de las personas víctimas por una mala práctica médica, da lugar a una omisión legislativa, en donde la omisión genera que se impute un tipo de responsabilidad.

REFERENCIAS.

- ACOSTA MADIEDO, (2010), Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba, Disponible en: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf
- BASTIDAS NOHELY, (2013), la mala práctica médica y los Derechos Humanos, disponible en: http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf
- COLOMBIA, (1991), Constitución Política de Colombia
- COLOMBIA, (2014), Consejo de Estado, Radicación: 050012331000199903218-01(13 de noviembre de 2014)
- GONZALES OLGA, (2009), Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes, Disponible en: revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/download/104/734/
- LOZANO ELEONORA, (2012), Revista de Derecho privado, Disponible en internet: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=88%3Aresponsabilidad-medica-elementos-naturaleza-y-carga-de-la-prueba&catid=7%3A43&Itemid=37&lang=es
- RUIZ WILSON, (2011), La responsabilidad médica en

Colombia. Disponible en internet
revistas.javerianacali.edu.co/index.
php/criteriojuridico/article/downlo
ad/232/962

- VAZQUEZ SANTIAGO, (2013),
La Responsabilidad Internacional
de los Estados derivada de la
conducta de particulares.